ECONSTOR
Make Your Publications Visible.

A Service of

ZBW Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft
Leibniz Information Centre for Economics

Weiss, Manfred

Article

Die Entwicklung der Arbeitsbeziehungen aus arbeitsrechtlicher Sicht

Industrielle Beziehungen

Provided in Cooperation with:
Verlag Barbara Budrich

Suggested Citation: Weiss, Manfred (2013) : Die Entwicklung der Arbeitsbeziehungen aus arbeitsrechtlicher Sicht, Industrielle Beziehungen, ISSN 1862-0035, Rainer Hampp Verlag, Mering, Vol. 20, Iss. 4, pp. 393-417, https://doi.org/10.1688/1862-0035_IndB_2013_02_Weiss , https://www.budrich-journals.de/index.php/indbez/article/view/27154

This Version is available at:
https://hdl.handle.net/10419/195991

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de/

WWW.ECONSTOR.EU

Mitglied der Leibniz-Gemeinschaft

Manfred Weiss*

Die Entwicklung der Arbeitsbeziehungen aus arbeitsrechtlicher Sicht**

Zusammenfassung – Der Beitrag skizziert die Entwicklung der Arbeitsbeziehungen in Deutschland seit dem erstmaligen Erscheinen der Zeitschrift „Industrielle Beziehungen" aus arbeitsrechtlichem Blickwinkel. Dabei zeigt sich, dass es im Koalitionsrecht, im Tarifvertragsrecht, im Arbeitskampfrecht und im Betriebsverfassungsrecht Veränderungen gegeben hat. Dabei beschränken sich gesetzliche Novellierungen auf Anpassungen an neue Entwicklungen im Tarifvertrags- und im Betriebsverfassungsrecht. Der Gesetzgeber scheut sich nach wie vor, bei Großkonflikten zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern zu intervenieren. Weit größere Bedeutung kommt deshalb den Korrekturen durch die Rechtsprechung zu. Insgesamt handelt es sich jedoch nur um inkrementale Veränderungen, die das institutionelle Gefüge der Arbeitsbeziehungen unangetastet lassen. Eine Reihe von Reformdebatten blieb bislang ohne Ergebnis. Die Europäisierung des Rechts der Arbeitnehmermitwirkung verstärkt das auf Kooperation angelegte deutsche Modell, erweist sich im Hinblick auf die Europäische Aktiengesellschaft (SE) jedoch als ambivalent.

Developments of Industrial Relations from a Labour Law Perspective

Abstract – The contribution sketches the development of industrial relations in Germany since the first edition of the Journal "Industrielle Beziehungen" from the perspective of labor law. It shows that legislation on freedom of association, collective bargaining, industrial action and employee representation through works councils has undergone modification . However, legislative amendments are limited to new developments in the law of collective bargaining and of employee representation through works councils. The legislator still hesitates to intervene in serious conflicts between trade unions and employers. Therefore, much more important are the innovations by judge made law. On the whole, the modifications are incremental rather than changing the institutional pattern of industrial relations. Several debates on reforms were as yet unsuccessful. The Europeanization of the law on employee representation strengthened the German model based on cooperation. However, in reference to the European Company (SE) it remains ambiguous.

Key words: **labour law development, freedom of association, collective bargaining, strike, workers participation, Europeanization of labour law**
(JEL: B01, J30, J50, J51, J52, J53, J71, J72, J83, K31)

---

* Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manfred Weiss, Institut für Arbeitsrecht, Goethe-Universität, Campus Westend, RuW Pf 28, Grüneburgplatz 1, D – 60054 Frankfurt am Main.
E-Mail: M.Weiss@jur.uni-frankfurt.de.

** Artikel eingegangen: 3.5.2013
revidierte Fassung akzeptiert: 3.7.2013.

Industrielle Beziehungen, 20(4): 393-417
ISSN (print) 0943-2779, ISSN (internet) 1862-0035
DOI 10.1688/1862-0035_IndB_2013_04_Weiss
© Rainer Hampp Verlag, www.Hampp-Verlag.de

1. Einleitung

Die Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen ist in Deutschland besonders ausgeprägt. Veränderungen im Recht können faktische Verläufe beeinflussen oder aber Ausdruck bereits veränderter Realität sein. In jedem Fall steht die Entwicklung des Rechts in engem Zusammenhang mit realem Geschehen, auch wenn es dabei nicht um eine monokausale Beziehung geht, sondern Recht nur ein Faktor unter anderen ist.

Nicht nur der hohe Verrechtlichungsgrad der Arbeitsbeziehungen ist charakteristisch für Deutschland, sondern auch die prinzipielle Stabilität des institutionellen Gefüges des kollektiven Arbeitsrechts. Die Entwicklung in diesem Rechtsbereich ist viel eher auf inkrementale Veränderung als auf Paradigmenwechsel angelegt. Im Kern erweisen sich die Institutionen des kollektiven Arbeitsrechts (Tarifautonomie, Arbeitskampfrecht, Betriebsverfassungsrecht und Recht der Mitbestimmung im Aufsichtsrat) als relativ resistent gegenüber gesellschaftlichen Veränderungen. Sie haben jedoch – wie zu zeigen sein wird – in den zwanzig Jahren des Bestehens der Zeitschrift „Industrielle Beziehungen" ihr Gesicht nicht unwesentlich verändert.

Rechtlicher Wandel reagiert nicht nur auf Entwicklungen im nationalen Binnenbereich, sondern wird wesentlich durch die globale Verflechtung der Wirtschaft und durch die Bemühungen um europäische Integration beeinflusst. Die Auswirkungen europäischer Vorgaben auf das deutsche Arbeitsrecht sind dabei von besonderem Interesse.

Veränderungen im Arbeitsrecht ereignen sich in Deutschland nicht lediglich durch Intervention des Gesetzgebers, sondern in weit höherem Maße durch die Rechtsprechung, wobei dem Bundesarbeitsgericht (BAG) eine besondere Rolle zukommt. Vielfach wird dieses Gericht funktional als „Quasi-Gesetzgeber" bezeichnet, was durchaus Legitimationsprobleme (Gewaltenteilung) aufwirft, auf die indessen hier nicht einzugehen ist.

Ein vollständiger Bericht über alle Entwicklungen des Rechts der Arbeitsbeziehungen in den letzten zwanzig Jahren würde den hier verfügbaren Rahmen sprengen. Es kann deshalb nur darum gehen, sich auf die wichtigsten Neuerungen zu konzentrieren, wobei die Auswahl selbstverständlich subjektiv gefärbt ist. Es versteht sich von selbst, dass die auf Dauer gestellte Möglichkeit der voraussetzungslosen Befristung für die ersten beiden Jahre der Beschäftigung, die massive Deregulierung der Leiharbeit sowie die sozialversicherungsrechtlichen und steuerlichen Anreize der sog. Minijobs erhebliche Auswirkungen für die Arbeitsbeziehungen haben (vgl. dazu die umfassende Übersicht bei Nebe 2013). Auf sie wird jedoch hier nicht eigens eingegangen. Der Beitrag beschränkt sich auf das kollektive Arbeitsrecht.

Gewissermaßen aus der Vogelperspektive soll auf die markantesten Verläufe geschaut werden, wobei die in der juristischen Binnendiskussion so beliebten Diskurse um interpretatorische Quisquilien ausgeblendet bleiben. Einzubeziehen sind indessen nicht nur durchgeführte Reformen, sondern auch Reformdebatten, selbst wenn diese nicht zu Veränderungen geführt haben. Sie wirken latent nach und können je nach politischer Großwetterlage durchaus noch ihr Reformpotential entfalten.

2. Koalitionsrecht

Nach dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 GG garantiert die Verfassung nur die individuelle Koalitionsfreiheit der einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Unbestritten ist jedoch, dass damit auch die kollektive Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände implizit gewährleistet ist. Geschützt werden dadurch der Bestand und die Betätigung der Verbände.[1] Dabei war lange Zeit umstritten, inwieweit der Arbeitgeber dulden muss, dass Gewerkschaften im Betrieb für ihre Belange tätig werden. Hier bedarf es einer Abwägung mit den Grundrechten, auf die sich der Arbeitgeber berufen kann, nämlich das nach Art. 13 GG geschützte Hausrecht und das nach Art. 14 GG geschützte Eigentumsrecht. Im Blick auf diese kollidierenden Grundrechte hat die Rechtsprechung die Betätigungsmöglichkeit der Gewerkschaft lange Zeit sehr restriktiv interpretiert. Ausgangspunkt war die These, dass durch Art. 9 Abs. 3 GG nur ein für den Bestand der Gewerkschaft unerlässlicher Kernbereich geschützt ist.[2] So wurde zwar im Betrieb beschäftigten Gewerkschaftsmitgliedern erlaubt, in den Arbeitspausen und für die Gewerkschaft zu werben, dies jedoch externen Gewerkschaftern untersagt, wenn die Gewerkschaft durch Mitglieder bereits im Betrieb vertreten war.[3] Verboten wurde auch das Verteilen von Gewerkschaftszeitungen im Betrieb,[4] das Abhalten von Vertrauensleutewahlen im Betrieb[5] oder das Anbringen von Gewerkschaftsemblemen auf den dem Arbeitgeber gehörenden Schutzhelmen,[6] wenn der Arbeitgeber mit all dem nicht einverstanden war.

Diese restriktive Handhabung ist inzwischen überwunden, weil die Rechtsprechung die von Anfang an verfehlte Kernbereichslehre in den Neunzigerjahren aufgegeben hat[7] und damit das Verhältnis von Artikel 9 Abs. 3 GG zu den kollidierenden Arbeitgebergrundrechten für jeden Einzelfall neu austariert werden muss, was allerdings eine allgemeine Aussage zum gewerkschaftlichen Betätigungsrecht im Betrieb nur insoweit erlaubt, als dass jetzt diese Grenzen weiter zu ziehen sind. Immerhin hat das BAG durch eine Entscheidung klargestellt, dass im Lichte des neuen Verständnisses der Garantie der kollektiven Koalitionsfreiheit der Arbeitgeber externen Gewerkschaftsmitgliedern Zutritt zum Betrieb zum Zwecke der Mitgliederwerbung gewähren muss.[8]

3. Tarifvertragsrecht

3.1 Die Diskussion um betriebsnahe Tarifpolitik

Das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) schützt den Flächentarifvertrag in dessen fachlichem und räumlichem Geltungsbereich durch § 77 Abs. 3 insoweit, als es jede

1 BVerfG v. 18.11.1954, BVerfGE 4, 96.

2 Vgl. etwa BVerfG v. 20.10.1981, BVerfGE 58, 233 (294 f.).

3 BVerfG v. 17.2.1982, AP Nr. 9 zu Art. 140 GG.

4 BAG v. 23.2.1979, AP Nr. 29 zu Art. 9 GG.

5 BAG v. 8.12.1978, AP Nr. 28 zu Art. 9 GG.

6 BAG v. 23.2.1979, AP Nr. 30 zu Art. 9 GG.

7 BVerfG v. 14.11.1995, AP Nr. 80 zu Art. 9 GG.

8 BAG v. 28.2.2006, BAGE 117, 137.

Abweichung von den tarifvertraglich festgelegten Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung verbietet. Dadurch soll erreicht werden, dass die Betriebsparteien nicht in dem durch die Tarifautonomie geschützten Bereich die Rolle der Tarifvertragsparteien einnehmen und so zur Schwächung der Gewerkschaften beitragen, weil die Arbeitnehmer eine Gewerkschaftsmitgliedschaft nicht mehr für lohnend erachten, wenn der Betriebsrat bei der Festlegung der Arbeitsbedingungen den Ausschlag gibt.[9] Anderes gilt nur, soweit die Tarifvertragsparteien die Betriebsparteien im Tarifvertrag ausdrücklich zu Abweichungen zu Gunsten oder zu Ungunsten der Arbeitnehmer durch sog. Öffnungsklauseln ermächtigen (Veit 1997). Dazu fanden sich Gewerkschaften nur ganz selten bereit, weil sie befürchteten, andernfalls Betriebsräte in die Position eines Konkurrenten im Tarifgeschäft zu hieven.

Um die genannte Sperre haben sich die Betriebsparteien in den Neunzigerjahren immer weniger gekümmert. In Anbetracht hoher Arbeitslosigkeit und entsprechender Angst vor Arbeitsplatzverlust haben Betriebsräte sich immer öfter zu sog. betrieblichen Bündnissen bereit erklärt. Ohne durch eine Öffnungsklausel ermächtigt zu sein, wurden Betriebsvereinbarungen geschlossen, in denen Abstriche vom tarifvertraglich vereinbarten Lohn gemacht und im Gegenzug ein zeitlich befristeter Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen vereinbart wurde. Gegen diese gesetzwidrigen Betriebsvereinbarungen hätten theoretisch die Gewerkschaften, die betroffenen Arbeitnehmer, die Arbeitgeber oder die Betriebsräte vorgehen können. In der Praxis hatte daran jedoch niemand ein Interesse. Da diese betrieblichen Bündnisse bei den Arbeitnehmern ausgesprochen populär waren, weil sie ihnen zumindest temporär die Angst vor dem Arbeitsplatzverlust nahmen, wagten die Gewerkschaften nicht, gegen diese Betriebsvereinbarungen vorzugehen. Sie hätten sonst den Zorn der Mitglieder auf sich gezogen. Die Arbeitnehmer waren zufrieden und sahen keine Veranlassung, die Gerichte zu bemühen. Erst recht hatten Arbeitgeber und Betriebsräte kein Interesse, gegen die von ihnen geschlossenen Vereinbarungen, auf die sie stolz waren, etwas zu unternehmen. Kurzum, es wurde zunehmend eine gesetzwidrige Situation toleriert, die den Flächentarifvertrag entwertete.

Das führte zum Ruf nach Gesetzesänderung. Im Betriebsverfassungsgesetz sollte – so die Vorstellung konservativer Politiker – die Vorschrift des § 77 Abs. 3 abgeschafft und der Vorrang der Betriebsvereinbarung gegenüber dem Flächentarifvertrag verankert werden (vgl. etwa Reuter 1995: 57 ff.). So wollte man das Recht besser auf die Bedürfnisse der einzelnen Betriebe und Unternehmen zuschneiden. Dies hätte ganz wesentlich den Flächentarifvertrag seiner Steuerungsfunktion beraubt und die Betriebsräte im Verhältnis enorm aufgewertet. Entsprechend wehrten sich die Gewerkschaften gegen diese geplante Umkehrung der tradierten Rechtsstruktur.

Die erbittert geführte Kontroverse wurde zum Gegenstand der arbeitsrechtlichen Abteilung des 61. Deutschen Juristentags im Jahre 1996 in Karlsruhe (Deutscher Juristentag 1996). Die dort geführte Debatte markierte den Wendepunkt. Auch die dort anwesenden Vertreter der Arbeitgeberverbände erkannten, dass bei einer solchen Reform ihre Existenzberechtigung auf dem Spiel stand. Im Übrigen würden die jetzt überbetrieblich ausgehandelten Konflikte in die Betriebe hineingetragen, weil absehbar

[9] Zum Verhältnis von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung vgl. Seifert (1992).

war, dass die Verlagerung der Prioritäten auch Auswirkungen für das Arbeitskampfrecht haben musste. So kam es zum Schulterschluss der anwesenden Vertreter der Gewerkschaften und der Arbeitgeberverbände, die einmütig den Flächentarifvertrag als primäres Regelungsinstrument für Arbeitsbedingungen verteidigten. Dies wurde in den Beschlüssen nahezu einstimmig bekräftigt. Ebenfalls nahezu einstimmig wurde konsequenterweise eine gesetzliche Neujustierung der Regelungsbefugnisse der Tarifvertragsparteien im Verhältnis zu den Betriebsparteien abgelehnt und die Tarifvertragsparteien zu einer verstärkten Öffnung der Tarifverträge im Interesse der unterschiedlichen Bedingungen in den Betrieben aufgefordert. Dies führte dazu, dass eine gesetzgeberische Intervention unterblieb. Stattdessen wurde die tarifvertragliche Öffnungsklausel in höchst unterschiedlicher Modalität zu einem Charakteristikum der Flächentarifverträge. Sie hat bis heute Konjunktur (Ellgart/Kohout 2010).

3.2 Das Ende der Tarifeinheit

Das Tarifvertragsgesetz (TVG) hält für wesentliche Fragen des Tarifvertragsrechts keine Antwort bereit. Wenn etwa für ein Arbeitsverhältnis mehrere Tarifverträge dieselbe Materie regeln, mithin eine sog. Tarifkonkurrenz vorliegt, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen, welcher Tarifvertrag gelten soll. Die Rechtsprechung löst diesen Konflikt nach dem Grundsatz der Spezialität und gibt dem auf den Betrieb eher zugeschnittenen sachnäheren Tarifvertrag den Vorrang.[10] Nach dieser Logik verdrängt der Firmentarifvertrag den Flächentarifvertrag. Die Rechtsprechung ging aber noch weiter. Da bei Individualnormen nach § 3 Abs. 1 TVG die Tarifbindung nur im Verhältnis der Mitglieder der vertragschließenden Gewerkschaft zu den Mitgliedern der vertragsschließenden Arbeitgebervereinigung bzw. beim Firmentarifvertrag zum vertragsschließenden Arbeitgeber eintritt, wäre es prinzipiell möglich, dass für verschiedene Arbeitsverhältnisse im Betrieb verschiedene Tarifverträge gelten, wenn nämlich die Tarifverträge von unterschiedlichen Gewerkschaften abgeschlossen wurden. Dieser aus dem TVG resultierenden Tarifpluralität hatte die Rechtsprechung jedoch eine Absage erteilt und primär aus Praktikabilitätserwägungen den Grundsatz der Tarifeinheit postuliert: Im Betrieb sollte nur ein Tarifvertrag gelten.[11] Das hatte zur Folge, dass im Zusammenspiel von Spezialitätsprinzip und Tarifeinheit der Firmentarifvertrag auch dann den Flächentarifvertrag verdrängte, wenn er mit einer anderen Gewerkschaft zustande gekommen war. Ein Nebeneinander von Tarifverträgen in ein- und demselben Betrieb wurde nicht geduldet.

Dieser vielfach kritisierte Grundsatz der Tarifeinheit hielt keine überzeugende Lösung für den Fall bereit, dass mehrere mit verschiedenen Gewerkschaften geschlossene Firmentarifverträge miteinander konkurrierten, so etwa, wenn bei der Bahn die Gewerkschaft Transnet und die Gewerkschaft der Lokomotivführer verschiedene Tarifverträge aushandelten. Hier versagte das Spezialitätsprinzip als Kriterium für den Tarifvorrang.

---

10 Z.B. BAG v. 26.1.1994, AP Nr. 22 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

11 BAG v. 20.3.1991, BAGE 67, 330.

Inzwischen bereiten derlei Ungereimtheiten kein Kopfzerbrechen mehr. Im Jahre 2010 hat das BAG[12] eine spektakuläre Kehrtwende vollzogen und den Grundsatz der Tarifeinheit zu Gunsten der Tarifpluralität aufgegeben. Das bedeutet vor allem für die Berufsgruppengewerkschaften, dass ihre Tarifverträge neben den mit den Großgewerkschaften geschlossenen Tarifverträgen bestehen und auch dann erstreikt werden können, wenn für letztere Friedenspflicht gilt. Das hat auf beiden Seiten wenig Freude ausgelöst: Die Arbeitgeber sehen sich der potentiellen Gefahr ständiger Tarifverhandlungen und Streiks ausgesetzt, während sich die im DGB organisierten Gewerkschaften durch die implizierte Aufwertung der Gewerkschaften einzelner Berufsgruppen gefährdet sehen (Schroeder/Greef 2008).

Das führte nicht nur zu einem veritablen Literaturkrieg sondern auch zu einem einheitlichen Vorgehen von BDA und DGB, die einen gemeinsam erarbeiteten Gesetzentwurf präsentierten (Waas 2011), der nicht nur die Rückkehr zum Grundsatz der Tarifeinheit verankern, sondern auch das Spezialitätsprinzip durch das Mehrheitsprinzip ersetzen sollte. Danach sollte maßgeblich sein, welche der konkurrierenden Gewerkschaften im Betrieb mehr Mitglieder hat. Damit wäre der Aktionsradius kleinerer Konkurrenzgewerkschaften (etwa Christliche Gewerkschaften) ebenso wie der Berufsgruppengewerkschaften erheblich reduziert und deren Streikmöglichkeit weitgehend ausgeschaltet worden. Allerdings wurde die Abwehrfront nicht durchgehalten, die Gewerkschaften sind auf Druck der Basis bei der die Aktion maßgeblich voran treibenden Gewerkschaft ver.di. aus dem Projekt wieder ausgestiegen.

Das bedeutet allerdings nicht, dass der Ruf nach Rückkehr zur Tarifeinheit verstummt wäre. Die Forderung an die Politik, insoweit tätig zu werden, ist noch immer auf der Tagesordnung. Das Wahlprogramm der CDU/CSU verspricht für die neue Legislaturperiode ein entsprechendes Gesetz. Im arbeitsrechtlichen Schrifttum verlagert sich die Debatte allerdings immer mehr auf die tarif-, arbeitskampf- und betriebsverfassungsrechtlichen Folgen (Hanau 2011) der Entscheidung für die Tarifpluralität, worauf hier nicht näher eingegangen werden kann.

3.3 Die Relevanz der Tariffähigkeit

Das TVG sagt nichts darüber aus, wann eine Gewerkschaft tariffähig ist. Ausgehend von der Feststellung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), dass die Tarifautonomie kein Selbstzweck sei und der sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens diene,[13] hat die Rechtsprechung ein ganzes Bündel von Voraussetzungen entwickelt, die vorliegen müssen, wenn diese Zielsetzung nicht gefährdet werden soll. Eine dieser Voraussetzungen ist die sog. soziale Mächtigkeit. Die Gewerkschaften sollen über eine gewisse Mindeststärke verfügen, die es ausschließt, dass sie in der Auseinandersetzung um Tarifverträge auf die Großzügigkeit der Arbeitgeberseite angewiesen sind, mithin aus eigener Kraft der Ablehnung ihrer Forderungen durch die Arbeitgeberseite nichts entgegensetzen können. Wann dieses Erfordernis der sozialen Mächtigkeit erfüllt ist, lässt sich schwer sagen. Es handelt sich um eine äußerst komplexe Größe, die von vielen Faktoren (Mitgliederstärke, finanzielle Mittel, eventuelle Schlüsselpositionen der

12 BAG v. 7.7.2010, NZA 2010, 1068.

13 BVerfG (FN 2), 106.

Mitglieder etc.) abhängt.[14] Diese Ungewissheit verleiht den Gerichten einen erheblichen Entscheidungsspielraum, so dass kaum vorhersehbar ist, wie sie im konkreten Fall entscheiden werden.

Eine Entscheidung des BAG[15] aus dem Jahr 2010 über die Tariffähigkeit hat zu einer spektakulären Entwicklung im Bereich der Leiharbeit geführt. In Deutschland wurde das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) mit einer Novellierung, die zu Beginn des Jahres 2003 in Kraft getreten ist, grundlegend überarbeitet. Die Novelle brachte eine weitgehende Deregulierung der Leiharbeit und als Kompensation die prinzipielle Gleichbehandlung mit den Arbeitnehmern im Entleihbetrieb hinsichtlich wesentlicher Arbeitsbedingungen, wobei der Lohn im Zentrum steht. Von dieser Gleichbehandlung kann jedoch durch Tarifvertrag zu Ungunsten der Leiharbeitnehmer abgewichen werden. Der Organisationsgrad der Leiharbeitnehmer ist verschwindend gering. Deswegen ist wichtig zu wissen, dass das AÜG erlaubt, auf solche derogierenden Tarifverträge im Einzelarbeitsvertrag Bezug zu nehmen und so die tarifvertraglich vereinbarte Absenkung des Lohns auf die Arbeitsverhältnisse mit den nichtorganisierten Leiharbeitnehmern zu erstrecken. Daran hat sich auch durch die Umsetzung der EG-Richtlinie über Leiharbeit im Prinzip nichts geändert.[16]

Das Niveau entsprechender mit der Tarifgemeinschaft der DGB-Gewerkschaften abgeschlossener Tarifverträge wurde durch Tarifverträge, welche mit der Dachorganisation Christlicher Gewerkschaften vereinbart wurden, erheblich unterschritten. Letztere setzten sich über das Spezialitätsprinzip teils als Firmentarifverträge durch oder im Übrigen dadurch, dass auf sie in den Arbeitsverträgen Bezug genommen wurde. Nach langwieriger gerichtlicher Auseinandersetzung hat die erwähnte Entscheidung des BAG die Tariffähigkeit der Dachorganisation der Christlichen Gewerkschaften verneint, was bedeutete, dass alle von ihr geschlossenen Tarifverträge nichtig waren.

Der von der Rechtsprechung eingeschlagene Kurs bewirkte, dass in allen von diesen Tarifverträgen – auch durch individualvertragliche Bezugnahme – erfassten Fällen gleicher Lohn wie den vergleichbaren Arbeitnehmern im jeweiligen Entleihbetrieb gezahlt werden musste. Entsprechend waren die betroffenen Verleihunternehmen nicht nur zur Nachzahlung der Lohndifferenz, sondern auch zur Zahlung der an diese Differenz gekoppelten Sozialversicherungsbeiträge für den gesamten Zeitraum verpflichtet (Wendeling-Schröder 2013). Für die DGB Gewerkschaften bedeutet dies, dass sie dort, wo keine tariffähigen Konkurrenzgewerkschaften mehr existieren, es nun alleine in der Hand haben, wie weit sie sich auf eine Absenkung des Niveaus der Gleichbehandlung einlassen wollen.

3.4 Der Sozialplantarifvertrag

Betriebsschließungen, groß angelegte Umstrukturierungen und insbesondere die Verlagerung von Betriebsstätten in Billiglohnländer sind im Kontext der Globalisierung zunehmend an der Tagesordnung. Das BetrVG gibt dem Betriebsrat in solchen Fällen die Möglichkeit, über einen sog. Interessenausgleich zu verhandeln, also sich mit dem

---

14 Z.B. BAG v. 16. 1. 1990, AP Nr. 38 zu § 2 TVG.

15 BAG v. 14. 12. 2010, AuR 2011, 14.

16 Vgl. Neufassung des AÜG vom 20.12.2011.

Arbeitgeber darüber zu verständigen, ob und gegebenenfalls wie die in Aussicht genommene Maßnahme durchgeführt werden soll. Der Arbeitgeber muss sich auf ein solches Verfahren einlassen, wobei der Betriebsrat ihm jedoch nichts aufzwingen kann, weil sonst die verfassungsrechtlich garantierte unternehmerische Entscheidungsfreiheit tangiert wäre. Der Betriebsrat kann jedoch, auch gegen den Willen des Arbeitgebers, einen Sozialplan erzwingen, in dem die erlittenen Nachteile der betroffenen Arbeitnehmer ausgeglichen werden.

Die Frage ist nun erst einmal, ob die Gewerkschaften einen Tarifvertrag erstreiken können, der dem Arbeitgeber die Betriebsschließung, sonstige Umstrukturierung oder Verlagerung des Betriebs verbietet. Dies hält die ständige Rechtsprechung wegen der erwähnten unternehmerischen Entscheidungsfreiheit für nicht zulässig (kritisch hierzu Hensche 2004). Das führt dann zur weiteren Frage, ob ungeachtet der dem Betriebsrat eingeräumten Möglichkeit der Erzwingung eines Sozialplans daneben ein Tarifvertrag erstritten werden kann, der darauf abzielt, die erlittenen Nachteile der betroffenen Arbeitnehmer auszugleichen (Nicolai 2006). Das BAG hat dies in einer aufsehenerregenden Entscheidung aus dem Jahre 2007 bejaht.[17] Besonders brisant war dabei die Frage, ob dies auch dann gilt, wenn die Forderung der Gewerkschaft exorbitant hoch ist und dazu führen kann, dass die vom Arbeitgeber in Aussicht genommene Maßnahme so teuer wird, dass möglicherweise wegen Unwirtschaftlichkeit davon Abstand genommen werden muss. Auch das hat das BAG bejaht, weil eine Limitierung der Forderungshöhe Tarifzensur bedeuten würde, zu der die Rechtsprechung im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Schutz der Tarifautonomie nicht befugt sei.

Seither wird im arbeitsrechtlichen Schrifttum kontrovers diskutiert, welche Auswirkungen der Arbeitskampf um einen solchen Tarifvertrag auf die Rechte des Betriebsrats hat, ob es in vollem Umfang bei dem Nebeneinander bleibt oder ob diese Rechte für die Dauer des Streiks suspendiert werden, der Arbeitgeber mithin die geplante Maßnahme durchführen kann, ohne einen Interessenausgleich zu versuchen (vgl. zu dem Meinungsstreit Henssler 2007). Hier liegt noch viel Konfliktpotential.

3.5 Die Erosion des Flächentarifvertrags

Die rechtliche Absegnung der OT-Mitgliedschaft

Die im Arbeitgeberverband organisierten Arbeitgeber sind nach § 3 TVG an die vom Verband abgeschlossenen Tarifverträge gebunden. Das war lange Zeit unproblematisch. Der hohe Organisationsgrad in Arbeitgeberverbänden garantierte eine nahezu flächendeckende Tarifbindung. Dies hat sich insbesondere seit den Neunzigerjahren dramatisch verändert. Dabei ist nicht nur interessant, dass viele – vor allem mittelständische – Arbeitgeber die Arbeitgeberverbände verlassen haben, um der Tarifbindung zu entgehen, sondern dass sich eine Zwischenform etabliert hat, die tarifrechtlich zum gleichen Ergebnis führt: Die Mitgliedschaft ohne Tarifbindung, die sog. OT-Mitgliedschaft. Mit dieser OT-Mitgliedschaft wollen Unternehmen zwar die Serviceleistungen der Verbände in Anspruch nehmen, die Verpflichtungen aus der tariflichen Festlegung der Arbeitsbedingungen jedoch abstreifen.

---

17 BAG v. 24.4.2007, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Sozialplan.

Um dieses Ziel zu erreichen, wird selten die sog. Parallelverbandslösung gewählt, bei der neben dem Arbeitgeberverband ein eigener Verband gebildet wird, der mit dem Tarifvertragsgeschehen nichts zu tun hat. Bevorzugt wird eindeutig die innerverbandliche Lösung, das sog. Stufenmodell. In dieser Variante werden die Mitglieder des Arbeitgeberbandes in tarifgebundene Vollmitglieder und in Mitglieder ohne Tarifbindung (OT-Mitglieder) aufgeteilt. Die Mitglieder können zwischen beiden Mitgliedschaftsformen wählen. Der Übertritt von Voll-Mitgliedschaft in OT-Mitgliedschaft hilft den OT-Mitgliedern allerdings während des laufenden Tarifvertrags nicht, sondern wird erst bei Neuabschluss eines Tarifvertrags relevant. In der Praxis haben sich dabei mehrere Varianten herausgebildet, die vom völligen Ausschluss der OT-Mitglieder von der Tarifpolitik bis zu beratender Beteiligung der OT-Mitglieder an tarifpolitischen Fragen reichen (Deinert 2006: 217). In jedem Fall behalten die OT-Mitglieder erheblichen Einfluss auf die Konstitution (z.B. bei der Wahl des Vorstands) und die internen Strategien des Verbandes.

Weil es sich bei der Tarifpolitik um das zentrale Tätigkeitsfeld eines Arbeitgeberverbandes handelt, war lange Zeit umstritten, ob eine solche OT-Mitgliedschaft rechtlich überhaupt möglich ist. Unzulässig hielten das die einen, die auf die primär auf die Unteilbarkeit der Funktion der verfassungsrechtlich garantierten Koalition abstellten (ebd.), während die Befürworter die Satzungsautonomie des Verbandes in den Vordergrund rückten (so inbesondere Thüsing/Stelljes 2005). Diesen Streit hat das BAG mit einer Entscheidung aus dem Jahre 2006[18] zumindest vorläufig beendet und für die prinzipielle Zulässigkeit dieser sich immer größerer Beliebtheit erfreuenden Mitgliedschaftsform votiert (kritisch dazu Deinert 2007).

Die zu hohen Hürden der Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) und ihre partielle Überwindung

Wie bereits erwähnt, binden in Deutschland – anders als in den meisten anderen Ländern – die Individualnormen der Tarifverträge nur die im Verband organisierten Arbeitgeber und dies auch nur im Verhältnis zu den Mitgliedern der vertragsschließenden Gewerkschaft. Bei abnehmendem Organisationsgrad der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände und bei zunehmender Ausbreitung der OT-Mitgliedschaft im Arbeitgeberlager bedeutet dies eine ernsthafte Bedrohung für die Steuerungsfunktion des tradierten Flächentarifvertrags, auch wenn durch individualvertragliche Bezugnahme die faktische Deckungsquote der Tarifverträge weit höher ist, als das Tarifvertragsrecht suggeriert. Zu bedenken ist dabei, dass die Bezugnahme freiwillig ist, mithin jederzeit unterlassen werden kann. Die Gewerkschaften haben darauf keinen Einfluss.

Auf den ersten Blick mag die in § 5 TVG statuierte Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) als probates Mittel erscheinen, um dem Bedeutungsverlust des Flächentarifvertrags Einhalt zu gebieten. Doch der Gesetzgeber hat für den Einsatz dieses Instruments hohe Hürden aufgebaut: Ein Antrag auf AVE kann nur mit Erfolgsaussicht gestellt werden, wenn die tarifgebundenen Arbeitgeber mindestens 50 Prozent der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen, und eine AVE kann das zuständige Bundesministerium nur erlassen, wenn zu-

18 BAG v. 18.7.2006, AP Nr. 19 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit.

vor mit einem aus je drei Vertretern der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer bestehenden Ausschuss Einvernehmen erzielt wurde, d.h. dieser zugestimmt hat.

Bezüglich der genannten Voraussetzungen hat das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEG) wesentliche Erleichterungen gebracht. Es war ursprünglich nur geschaffen worden, um Lohndumping in der Bauindustrie zu verhindern. Weil Bauvorhaben im öffentlichen Sektor europaweit ausgeschrieben werden müssen, waren Unternehmen aus Ländern mit niedrigeren Arbeitskosten im Vorteil. Die von ihnen nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer unterlagen den Konditionen des jeweiligen Entsendelandes. Um diesen Unterbietungswettbewerb zu stoppen, wurde im Februar 1996 das AEG geschaffen, obwohl damals noch offen war, ob sich dies mit der europarechtlich garantierten Dienstleistungsfreiheit vereinbaren lässt. Klarheit brachte insoweit erst die im Dezember desselben Jahres erlassene Entsenderichtlinie,[19] was in Deutschland zu einer Novellierung des AEG im Jahre 1998 führte, die eine wesentliche Innovation brachte. Im ursprünglichen Gesetz von 1996, mittels dessen über die AVE auch ausländische Unternehmen zur Einhaltung tariflicher Mindestbedingungen für entsandte Arbeitnehmer gezwungen werden sollten, wurde das normale Verfahren für AVE beibehalten. Dies erwies sich als untauglich, weil im Ausschuss die Vertreter der BDA das Zustandekommen der AVE blockierten. Um diese Blockademöglichkeit auszuschalten, ermöglicht nun § 7 des novellierten AEG, die Normen des Tarifvertrags durch Rechtsverordnung ohne Einschaltung dieses Ausschusses verbindlich zu machen. Da lediglich andere Voraussetzungen der Allgemeinverbindlichkeit, nicht aber das 50-Prozent-Quorum in Bezug genommen werden, gilt diese Hürde für die Rechtsverordnung nicht. Wenn mehrere Tarifverträge für eine AVE in Betracht kommen, ist dem Tarifvertrag mit der größeren Repräsentativität der Vorzug zu geben. Ohne Erfolg blieb eine gegen diese Novellierung gerichtete Anrufung des BVerfG.[20]

Selbstverständlich gelten die durch Rechtsverordnung erstreckten Tarifnormen auch für inländische Arbeitsverhältnisse. Dies hat dazu geführt, weitere Branchen in das AEG aufzunehmen, um so branchenspezifische Mindestlöhne zu ermöglichen. Neben der Bauindustrie wurden u. a. die Gebäudereinigung und die Briefdienstleistungen, die Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst, das Wach- und Sicherheitsgewerbe, Bergbauspezialdienste auf Steinkohlebergwerken, industrielle Großwäschereien sowie die Aus- und Weiterbildungsbranche einbezogen. Insgesamt sind bislang 13 Branchen abgedeckt. Sonderregelungen gelten für die Pflegebranche, die zu einem wesentlichen Teil von kirchlichen Trägern betrieben wird, wo bekanntlich keine Tarifverhandlungen stattfinden. Deshalb ist dort Voraussetzung für die Rechtsverordnung der Vorschlag einer eigens dafür gebildeten Kommission.

Die neueste Ergänzung des Flickenteppichs für Mindestlohn ist die in das 2011 novellierte AÜG eingefügte Lohnuntergrenze, die ebenfalls auf gemeinsam von den Tarifvertragsparteien eingebrachtem Vorschlag durch Rechtsverordnung festgesetzt

19 Richtlinie 78/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen v. 16.12.1996, ABl. 1997, L 18/1.

20 BVerfG, Kammer-Beschluss v. 18.7.2000, NZA 2000, 984.

werden kann, wobei wiederum bei konkurrierenden Tarifverträgen die Repräsentativität den Ausschlag gibt.

Für die Branchen, in denen das 50 Prozent-Quorum nicht erreicht wird, hält das 2009 novellierte Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen (MiArbG) eine weitere Möglichkeit der Festlegung eines Mindestlohns bereit. Vorgesehen ist dafür ein dreistufiges Verfahren. Ein beim Bundesarbeitsministerium gebildeter drittelparitätischer Ausschuss beschließt die Notwendigkeit einer Festlegung des Mindestlohns. Die konkrete Ausgestaltung erfolgt dann durch einen paritätischen Fachausschuss in der jeweiligen Branche, die durch Verordnung der Bundesregierung verbindlich gemacht wird.[21]

Sollte es auch in Deutschland zu einem flächendeckenden gesetzlichen Mindestlohn kommen, würden die skizzierten Hilfskonstruktionen allesamt zumindest für den Lohnbereich obsolet.

4. Arbeitskampfrecht

4.1 Ausweitung der Möglichkeit des Sympathiestreiks

Lange Zeit war umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Sympathiestreik, der lediglich auf die Unterstützung eines Hauptstreiks abzielt und nicht unmittelbar eigene Vorteile anstrebt, zulässig ist. Das BAG[22] hatte mit einer Entscheidung aus dem Jahre 1985 insoweit Klarheit geschaffen, als es eine sehr restriktive Linie vorgab. Danach war ein Sympathiestreik prinzipiell unzulässig, weil die sympathiebestreikten Arbeitgeber die im Hauptstreik aufgestellten Forderungen nicht erfüllen können und deshalb gewissermaßen in Geiselhaft genommen werden. Nur ganz ausnahmsweise war ein Sympathiestreik zulässig, etwa gegen einen Arbeitgeber, der seine Neutralität durch Übernahme von Produktion oder sonstige Unterstützung des hauptbestreikten Arbeitgebers aufgegeben habe. Gleiches würde dann gelten, wenn hauptbestreikter und sympathiebestreikter Arbeitgeber ökonomisch als Einheit begriffen werden könnten.

Mehr als zwanzig Jahre später, nämlich im Jahre 2007, hat das BAG die soeben referierte restriktive Handhabung des Sympathiestreiks – u.a. mit Hinweis auf die Europäische Sozialcharta – aufgegeben und ihn für prinzipiell zulässig erklärt, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind.[23] Der Sympathiestreik muss geeignet sein, die Durchschlagskraft des Hauptstreiks zu erhöhen, und er darf nicht unverhältnismäßig sein. Die Verhältnismäßigkeit ist insbesondere dann zu bejahen, wenn die haupt- und sympathiebestreikten Arbeitgeber – wie im zu entscheidenden Fall – demselben Konzern angehören.

Die neue Entscheidung des BAG hat zwar das Regel-Ausnahme-Verhältnis zu Gunsten des Sympathiestreiks umgekehrt und damit dessen Zulässigkeit grundsätzlich ausgeweitet, überlässt aber letztendlich die Bewertung der Verhältnismäßigkeitsprü-

---

21 Für einen Überblick über diese Entwicklungen und die Reformforderungen vgl. Däubler (2012).

22 BAG v. 5. 3. 1985, AP Nr. 85 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

23 BAG v. 19. 6. 2007, AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

fung dem Einzelfall und ist deshalb unter dem Aspekt der Rechtssicherheit nicht unproblematisch.

4.2 Konkretisierung der Verhältnismäßigkeit

Auch wenn alle sonstigen Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Streik gegeben sind (zur Durchsetzung eines Tarifvertrags mit tarifvertraglich regelbaren Ziel, von einer tariffähigen Gewerkschaft getragen, kein Verstoß gegen Friedenspflicht, etc.), kann seine Zulässigkeit am Verhältnismäßigkeitsprinzip scheitern (z.B. wenn erforderliche Not- oder Erhaltungsarbeiten verweigert werden). Streiks, die sich nicht lediglich in kollektiver Arbeitsverweigerung erschöpfen, wurden lange Zeit für unverhältnismäßig und damit unzulässig erachtet (Bummelstreik, Dienst nach Vorschrift, etc.). Atypische Formen der Druckerzeugung auf die Arbeitgeberseite wurden generell als unverhältnismäßig eingestuft.

Diese ausschließlich an der tradierten Streikform orientierte Sichtweise ist durch eine vielbeachtete Entscheidung des BAG aus dem Jahre 2009 ins Wanken geraten. Dabei ging es um streikbegleitende sog. „flashmob"-Aktionen, zu denen die Gewerkschaft ihre Mitglieder aufgerufen hatte, um den Druck auf die Arbeitgeberseite zu verstärken. Hierbei sollten Mitglieder Betriebsstörungen dadurch provozieren, dass sie entweder Artikel aus den Regalen nehmen, in Einkaufswagen packen und diese dann einfach stehen lassen oder zahlreiche „Pfennig-Artikel" kaufen und dadurch Staus an den Kassen verursachen. Dies war vor allem eine Reaktion darauf, dass die Einzelhändler durch Rückgriff auf Streikbrecher und Leiharbeitnehmer den Betrieb aufrecht erhielten und so den Streik der Gewerkschaft konterkarierten.

Das BAG[24] entschied, dass solche streikbegleitenden „flashmob"-Aktionen nicht generell unverhältnismäßig sind und im konkreten Fall zulässig waren. Dabei betonte es die Freiheit der Koalitionen, ihre Kampfmittel „an sich wandelnde Umstände anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen". Im konkreten Fall hielt das BAG den Einsatz der „flashmob" Aktionen für geeignet, erforderlich und angemessen, wobei es zur Beurteilung der Angemessenheit vor allem darauf ankam, dass für die Arbeitgeber erkennbar war, dass es sich um eine von der Gewerkschaft getragene Aktion handelte, und dass vor allem die Arbeitgeberseite solchen Aktionen nicht wehrlos ausgesetzt sei, sondern über Abwehrinstrumente verfüge (Hausrecht, Betriebsstillegung). Was daraus für die Beurteilung anderer atypischer Kampfmittel zu folgern ist, bleibt umstritten (vgl. dazu Rehder/Deinert/Callsen 2012). Erkennbar ist immerhin, dass die Offenheit dafür, auch atypische Kampfformen als prinzipiell verhältnismäßig zu erachten, deutlich gestiegen ist. Allerdings ist gegen die Entscheidung das BAG noch eine Verfassungsbeschwerde anhängig, deren Ergebnis schwer zu prognostizieren ist.

4.3 Streikrecht der Beamten

Ungeachtet der von Deutschland ratifizierten völkerrechtlichen Verträge (ILO-Übereinkommen Nr. 87, Europäische Sozialcharta) galt es lange Zeit in Deutschland als ausgemacht, dass Beamte ungeachtet ihrer jeweiligen Funktion generell kein Streik-

24 BAG v. 22.9.2009, AP Nr. 14 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

recht haben. Das ratifizierte Völkerrecht gilt in Deutschland als einfaches Gesetzesrecht, das von der höherrangigen Verfassung verdrängt wird. Dem Art. 33 GG wurde ein generelles Streikverbot entnommen, obwohl dort explizit darüber nichts ausgesagt ist. Es wurde einfach den „hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums" zugerechnet. So ergab sich die nachgerade absurde Situation, dass Deutschland Völkerrecht ratifizierte, es aber wegen der angeblich entgegenstehenden Verfassung nicht zur Anwendung bringen konnte.

Nun zeichneten sich zwei neue Linien ab. Erstens monierte das BVerfG[25] im Hinblick auf Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), dass auch das Grundgesetz völkerrechtskonform ausgelegt werden muss. Zweitens stützte der EGMR das Streikrecht auf Art. 11 der Europäischen Konvention für Menschenrechte (EKMR) und interpretierte es im Lichte der für die Interpretation des Streikrechts nach der ILO-Konvention Nr. 87 und nach der Sozialcharta zuständigen Ausschüsse.[26] Das bedeutet, dass ein generelles Streikverbot für Beamte nicht möglich ist, Einschränkungen nur funktionsbezogen erfolgen dürfen und auf eigentlich hoheitliche Tätigkeit zu beschränken sind. Das führte 2010 und 2011 zu Entscheidungen der Verwaltungsgerichte Düsseldorf[27] und Kassel,[28] die ein Streikrecht der Lehrer bejahten. Das Düsseldorfer Urteil wurde 2012 vom OVG Nordrhein-Westfalen[29] revidiert. Auch das VG Osnabrück hat sich 2011[30] für das generelle Streikverbot ausgesprochen, was vom OVG Niedersachsen[31] bestätigt wurde. Hiergegen ist eine Verfassungsbeschwerde anhängig. Sollte das BVerfG am generellen Streikverbot festhalten, ist der Gang zum EGMR vorgezeichnet. Kurzum, das Ende des generellen Streikverbots für Beamte ist absehbar.

4.4 Daseinsvorsorge und Spartengewerkschaften

Zwei ineinander verschränkte Entwicklungen im Arbeitskampfrecht spielten denen in die Hände, die eine stärkere Reglementierung des Streikrechts im Sinn haben. Streiks im öffentlichen Dienst (insbesondere bei der Müllentsorgung und in Kinderbetreuungseinrichtungen), im Gesundheitsbereich (insbesondere Ärztestreiks) und im Verkehrswesen (Bahn, Luftverkehr) rückten den Aspekt der Drittbetroffenheit in den Vordergrund. Gleichzeitig erkämpften Spartengewerkschaften für ihre Klientel (Ärzte, Piloten, Lokomotivführer etc.) weit über das gängige Niveau hinaus ragende Konditionen, wodurch die Solidarität der Arbeitnehmer untereinander auf die Probe gestellt wurde. Was die Drittbetroffenheit angeht, hat die Rechtsprechung jeweils erkennen lassen, dass die Verhältnismäßigkeit gewahrt und die unbedingt notwendige Grund-

---

25 BVerfG v. 14.10.2004, BVerfGE 111, 307.

26 EGMR (Große Kammer) vom 12.11.2008, Nr. 34503/97, Demir und Baykara/Türkei, AuR 2009, 269.

27 VG Düsseldorf v. 15.12.2010, AuR 2011, 74.

28 VG Kassel v. 27.7.2011, AuR 2011, 375.

29 OVG Münster v. 7.3.2012, Zeitschrift für Beamtenrecht 2012, 170.

30 VG Osnabrück v. 19.8.2011, AuR 2011, 375.

31 OVG Niedersachsen v. 12.6.2011, AuR 2012, 329.

versorgung der Bevölkerung im erforderlichen Umfang gesichert ist. Dass tariffähige Spartengewerkschaften attraktive Sonderkonditionen für ihre Mitglieder erstritten, war rechtlich gesehen erst recht unproblematisch. Dieser Status quo wird vielfach als unbefriedigend empfunden, was inzwischen zum Ruf nach dem Gesetzgeber geführt hat. Finanziert von der politisch einflussreichen Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung hat eine Professorengruppe 2012 einen Gesetzentwurf vorgelegt, der darauf abzielt, den Streik im Bereich weit verstandener Daseinsvorsorge (da stehen neben innerer Sicherheit und Landesverteidigung so unterschiedliche Bereiche wie medizinische und pflegerische Versorgung, Energie- und Wasserversorgung, Feuerwehr, Bestattung, Entsorgung, Verkehr, Erziehung, Kinderbetreuung, Kommunikation, Versorgung mit Bargeld und Zahlungsverkehr) einzudämmen sowie das Streikrecht der Spartengewerkschaften massiv zu beschneiden (Franzen/Thüsing/Waldhoff 2012; Berg 2013). Für den Bereich der so verstandenen Daseinsvorsorge soll Streik nur nach Ankündigung, in der Ort, Beginn und Dauer des Streiks mitgeteilt werden, möglich sein. Weitere Voraussetzung ist eine Urabstimmung, an der mindestens 50 % der Gewerkschaftsmitglieder im fachlichen und räumlichen Geltungsbereich des erstrebten Tarifvertrags teilnehmen. Darüber hinaus soll der Streik nur möglich sein, wenn zwischen den Parteien des Arbeitskampfes entweder durch freiwillige Einigung oder – falls es dazu nicht kommt – durch verbindlichen Schlichtungsbeschluss die Grundversorgung der Bevölkerung sicher gestellt ist. Im Übrigen soll generell während eines Schlichtungsverfahrens ein Streik nicht möglich sein. Schließlich sollen Spartengewerkschaften nur streiken dürfen, wenn der von ihnen erstrebte Tarifvertrag mindestens 15% der Arbeitsverhältnisse des räumlichen bzw. betrieblichen Geltungsbereichs erfasst.

Würde dieser Entwurf vom Gesetzgeber aufgegriffen und umgesetzt, wäre dies gleichbedeutend mit einer erheblichen Einschränkung des vom BAG mit viel Sorgfalt und Augenmaß entwickelten Streikrechts. Der Entwurf ist paradigmatisch dafür, wie eine Situation, in der durchaus auch für Dritte spürbarer Druck entfaltet wurde, dessen zulässiges Ausmaß ohne Weiteres am Verhältnismäßigkeitsprinzip gemessen werden kann, emotional aufgeladen und dazu benutzt wird, gerade in Deutschland virulente Vorbehalte gegen das Streikrecht zu aktivieren und so Restriktionen durchzusetzen. Dass der Streik im Bereich der Daseinsvorsorge und der Streik von Spartengewerkschaften gleichzeitig in Blick genommen werden, zielt darauf ab, auch die Unterstützung der Großgewerkschaften für dieses streikverhindernde Projekt zu gewinnen. Man kann nur hoffen, dass sich diese der negativen Rückwirkungen für ihre eigene Durchsetzungskraft bewusst sind und dass auch der Gesetzgeber der Versuchung widersteht, sich mit der Zielrichtung dieses Entwurfs anzufreunden. Die Aussichten dafür stehen nicht schlecht.

5. Betriebsverfassungsrecht

Die im Berichtszeitraum wohl wichtigste Innovation durch den deutschen Gesetzgeber war die von Arbeitgeberseite als Überregulierung abgelehnte und für die Gewerkschaften zu moderate Novellierung des BetrVG von 2001 (Däubler 2001). Sie zielte darauf ab, dem Gesetz auch in Klein- und Mittelbetrieben zum Durchbruch zu verhelfen, die traditionelle Struktur der Betriebsverfassung an den Wandel der Betriebs- und Unternehmensrealität anzupassen, die Effektivität der Arbeit des Betriebsrats zu ver-

bessern und seine Rechte auszuweiten. Die wesentlichen Punkte der Novellierung sollen hier skizziert werden.

Obwohl das BetrVG die Einrichtung eines Betriebsrats bereits in Betrieben mit 5 Arbeitnehmern vorsieht (§ 1), existiert in den meisten Klein- und Mittelbetrieben kein Betriebsrat. Die Gründe dafür sind vielschichtig. Sie reichen vom Informationsmangel bis hin zur vom Arbeitgeber der Belegschaft vermittelten Angst des Arbeitgebers vor Wettbewerbsnachteilen, weil das zum Umgang nötige Know-how anders als in Großunternehmen extern eingekauft werden muss, was zu nicht absehbaren Kostennachteilen führen könnte. Um dem Missstand abzuhelfen, hat die Novelle für Betriebe bis 50 Arbeitnehmern das Wahlverfahren erheblich vereinfacht (§ 14 a) und gleichzeitig die Möglichkeit eröffnet, durch eine Vereinbarung zwischen Wahlvorstand und Arbeitgeber dieses vereinfachte Verfahren auf Betriebe bis 100 Arbeitnehmern auszudehnen. Dass der Erfolg dieser Gesetzesänderung bescheiden bleiben würde, war absehbar, weil das Wahlverfahren ja nicht der zentrale Grund für die geringe Deckungsrate war und ist.

Die Novelle hat die unterschiedlichen Regelungen für Angestellte und Arbeiter aufgehoben und damit eine überfällige Korrektur vorgenommen. Gleichzeitig wurde die Zusammensetzung des Betriebsrats insoweit geändert, als das sich in der Belegschaft in der Minderheit befindliche Geschlecht im Betriebsrat mindestens proportional vertreten sein muss, wenn dieser aus mindestens drei Mitgliedern besteht (§ 15 Abs. 2). Die Novelle stellt im Übrigen klar, dass auch in Telearbeit Beschäftigte als Arbeitnehmer i.S. des BetrVG gelten (§ 5 Abs. 1) und dass Leiharbeitnehmer den Betriebsrat mit wählen dürfen, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden (§ 7 Satz 2). Waren vor der Novellierung betriebsratslose Betriebe nicht vom Gesamtbetriebsrat (GBR) vertreten, werden auch sie jetzt von ihm repräsentiert (§ 50 Satz 1). Gleichermaßen wurde die Kompetenz des Konzernbetriebsrats (KBR) auch auf Unternehmen ohne GBR ausgedehnt (§ 58 Abs. 1). Sowohl GBR als auch KBR haben jetzt das Recht, Betriebsratswahlen im betriebsratslosen Betrieb bzw. die Einrichtung eines GBR in Konzernunternehmen zu initiieren (§ 17 Abs. 1).

Die Betriebsverfassung zielt auf klassische Betriebe und Unternehmen mit klarer Hierarchie, wie sie in der Realität immer weniger vorkommen. Deshalb ist es von besonderer Bedeutung, dass durch die Novelle eine Vorschrift geschaffen wurde, die es ermöglicht, die Struktur der Betriebsverfassung an den Wandel anzupassen. Die Tarifvertragsparteien haben jetzt vielfältige Regelungsbefugnisse. So kann in Mehrbetriebsunternehmen ein einheitlicher Betriebsrat gebildet oder mehrere Betriebe können zusammengefasst werden, wenn dies der effizienteren Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen dient (§ 3 Abs. 1). In Unternehmen und Konzernen mit produkt- oder projektbezogenen Geschäftsbereichen können aus dem gleichen Grund Spartenbetriebsräte eingerichtet werden (§ 3 Abs. 2). Zur besseren Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen können auf allen Ebenen auch alternative (§ 3 Abs. 3) oder zusätzliche (§ 3 Abs. 4 und 5) Strukturen gebildet werden. Ohne in weitere Einzelheiten zu gehen, wird deutlich, dass durch Tarifvertrag den Bedürfnissen der immer komplexer werdenden Realität Rechnung getragen werden kann. Allerdings scheint die Komplexität der Regelung die Akteure oft zu überfordern.

Für die Effektivierung der Arbeit des Betriebsrats bringt die Novelle mehrere Neuerungen. So wird klargestellt, dass Informations- und Kommunikationstechnik zur vom Arbeitgeber bereitzustellenden Ausstattung des Betriebsrats gehören (§ 40 Abs. 2). Durchgesetzt wurde gegen erheblichen Widerstand der Arbeitgeberseite die Absenkung der Freistellungsmöglichkeit von Betrieben mit 300 Arbeitnehmern auf solche mit 200 Arbeitnehmern und die von Betriebsratsmitgliedern oft gewünschte Ermöglichung von Teilfreistellungen (§ 38 Abs. 1). Ausdrücklich klargestellt wurde der Anspruch des Betriebsrats auf Inanspruchnahme sachkundiger Arbeitnehmer als Auskunftspersonen, wenn dies für die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben erforderlich ist (§ 80 Abs. 2). Dass in Betrieben mit mehr als 300 Arbeitnehmern der Betriebsrat im Kontext von Betriebsänderungen ohne weitere Voraussetzungen einen Berater seiner Wahl hinzuziehen kann (§ 111), ist in der Praxis von erheblicher Bedeutung. Vor der Novellierung war es auch nur in Betrieben über 300 dem Betriebsrat möglich, Aufgaben auf Ausschüsse zu übertragen. Diese Möglichkeit wurde nun auf Betriebe mit 100 Arbeitnehmern abgesenkt.

Wichtiger Teil der Novellierung ist die Ausweitung der Rechte des Betriebsrats. Im Zentrum steht dabei die neue Vorschrift § 92 a, die dem Betriebsrat eine wesentliche Rolle bei der Beschäftigungssicherung und -förderung zuweist. Der Betriebsrat kann insoweit nicht nur Vorschläge (u.a. auch zur flexiblen Arbeitszeitgestaltung, zur Förderung von Teilzeit und Altersteilzeit, zu neuen Formen der Arbeitsorganisation, zu Änderungen der Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufe, zur Qualifizierung der Arbeitnehmer, zur Ausgliederung von Arbeit oder ihrer Vergabe an andere Unternehmen sowie zum Produktions- und Investitionsprogramm) unterbreiten, sondern der Arbeitgeber ist verpflichtet, diese Vorschläge mit dem Betriebsrat zu beraten. Die Ablehnung der Vorschläge bedarf einer Begründung, in Betrieben mit mehr als 100 Arbeitnehmern sogar schriftlich. Das ist zwar noch kein Mitbestimmungsrecht. Wohl aber muss der Arbeitgeber sich auf die Vorschläge des Betriebsrats einlassen. Im Hinblick darauf, dass er wegen Mitbestimmungsrechten in anderen Angelegenheiten auf ein gutes Verhältnis mit dem Betriebsrat angewiesen ist, dürfte ein besonnener Arbeitgeber es tunlichst vermeiden, solche Vorschläge leichtfertig abzulehnen.

Ein echtes Mitbestimmungsrecht brachte die Novelle dem Betriebsrat bei Ein- und Durchführung betrieblicher Berufsbildung für Arbeitnehmer, deren Qualifikation nicht mehr zur Erfüllung ihrer Aufgaben ausreicht, weil sich ihre Tätigkeit durch vom Arbeitgeber getroffene oder geplante Maßnahmen geändert hat bzw. ändert (§ 97 Abs. 2). Der Katalog der in § 87 aufgelisteten Mitbestimmungsrechte wurde um Grundsätze über die Durchführung von Gruppenarbeit erweitert (Nr. 13). Dadurch sollten die Befugnisse des Betriebsrats an die moderne Arbeitsorganisation, in der Teamwork eine immer größere Rolle spielt, angepasst werden.

Von Bedeutung ist schließlich, dass dem Betriebsrat die Möglichkeit eingeräumt wurde, die Berücksichtigung im Betrieb befristet beschäftigter Arbeitnehmer bei Besetzung einer Vollzeitstelle durchzusetzen, sofern diese gleich geeignet sind (§ 99 Abs. 2 Nr. 3).

Alles in allem lässt sich konstatieren, dass die Novelle mit zahlreichen Korrekturen die Betriebsverfassung lediglich inkremental an neue Gegebenheiten angepasst, nicht aber ihre Grundlagen verändert hat.

6. Das Recht der Aufsichtsratsmitbestimmung

Das größte Paradox bildet die im Mitbestimmungsgesetz von 1976 geregelte Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat. Nirgendwo im kollektiven Arbeitsrecht wurden Reformdebatten erbitterter geführt, und geschehen ist praktisch nichts. Während die kaum mehr relevante Montanmitbestimmung ebenso wie die für Unternehmen ab 500 Arbeitnehmer geschaffene drittelparitätische Mitbestimmung außer Streit waren, geriet das auf Großunternehmen ab 2000 Arbeitnehmer ausgelegte Modell des Mitbestimmungsgesetzes immer mehr ins Schussfeld. Noch 1998 kam eine aus Gewerkschaftern, Arbeitgebern, Regierungsvertretern und Wissenschaftlern zusammengesetzte Forschungsgruppe zum Ergebnis, dass für dieses Modell kein Reformbedarf besteht (Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung 1998). Ein paar Jahre später brach dieser Konsens zusammen (Höpner 2004). In einer 2004 vom Bundesverband der Deutschen Industrie und der Bundesvereinigung Deutscher Arbeitgeber herausgegebenen Schrift (BDI/BDA 2004) wurde für einen Rückbau der Parität zur Drittelparität plädiert, weil die paritätische Mitbestimmung als deutscher Sonderweg die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft gefährde.

2005 wurde eine von Biedenkopf geleitete Kommission mit dem Auftrag eingesetzt, den Reformbedarf des Modells von 1976 zu eruieren und Reformvorschläge zu erarbeiten. Wegen völliger Unvereinbarkeit der Positionen der Arbeitgeber- und Gewerkschaftsseite scheiterte dieses Bemühen schon 2006. Die kontroversen Positionen wurden schließlich Gegenstand der arbeitsrechtlichen Abteilung des 66. Deutschen Juristentages ebenfalls im Jahre 2006 in Stuttgart. Das der Debatte zugrunde liegende Gutachten von Raiser (2006) kam insgesamt zu einem günstigen Gesamturteil und plädierte bis auf wenige Ausnahmen für die Beibehaltung des Status quo. In der Debatte wurde lediglich hinsichtlich der Einbeziehung von Vertretern der Belegschaften ausländischer Tochterunternehmen Einverständnis erzielt, wobei allerdings die Umsetzungsstrategie offen blieb. Im Übrigen divergierten die Meinungen insbesondere zwischen Arbeitgeber- und Gewerkschaftsseite derart, dass von einer Beschlussfassung abgesehen wurde (zu dieser Debatte vgl. Weiss 2010: 381-383).

Der Gesetzgeber hat nichts unternommen und die Debatte hat sich nicht zuletzt dadurch beruhigt, dass sich in der Finanzkrise die überragende Bedeutung der im Geiste der Sozialpartnerschaft entwickelten deutschen Arbeitnehmermitwirkung einschließlich der paritätischen Aufsichtsratsmitbestimmung erwiesen hat. Die Arbeitgeberseite scheint nicht länger an einer Generalattacke auf die Unternehmensmitbestimmung interessiert zu sein (Höpner/Wadowzcyk 2012). Mit Neuauflagen der kontroversen Auseinandersetzungen ist deshalb vorerst nicht zu rechnen.

7. Europäisierung der Arbeitnehmermitwirkung

7.1 Mindestbedingungen für nationale Systeme und transnationale Strukturen

Nirgendwo ist die Palette des Rechts in Europa bunter als im Bereich der Arbeitnehmermitwirkung. Jedes Mitgliedsland der EU geht hier einen eigenen Weg, dessen Richtung von der jeweiligen kulturellen und sozialpolitischen Tradition bestimmt ist. Soweit überhaupt Mitwirkungsinstitutionen existieren, sind sie in das Gesamtkonzept

der der Arbeitnehmerseite verfügbaren, ebenfalls in jedem Land anders ausgestalteten kollektiver Instrumente (Streik, Tarifverträge) eingebettet.

Mit einer Richtlinie aus dem Jahre 2002[32] hat die EU einen Mindestrahmen für die Mitwirkung der Arbeitnehmer in Betrieben und Unternehmen im nationalen Kontext vorgegeben. Das dort anvisierte Mitwirkungsniveau ist in Deutschland durch die Betriebsverfassung bereits erreicht, so dass es einer zusätzlichen Umsetzung der Richtlinie nicht bedurfte. Aus deutscher Sicht sind jedoch die Vorgaben von Interesse, die der europäische Gesetzgeber für transnational operierende Unternehmen und Konzerne geschaffen hat. Herausgegriffen werden hier die beiden wichtigsten Modelle, die für Deutschland erhebliche Bedeutung haben: Der europäische Betriebsrat (EBR) und die Arbeitnehmermitwirkung in der Societas Europaea (SE) (Weiss 2006).

Nicht unerwähnt bleiben soll indessen, dass auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) eine Linie im Gesellschaftsrecht entwickelt hat, die Auswirkungen auf die Aufsichtsratsmitbestimmung in Deutschland hat. Lange Zeit hielt man den Sitz des Unternehmens für das anzuwendende Gesellschaftsrecht für maßgebend. Mithin war klar, dass ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland deutsches Gesellschaftsrecht einschließlich der Regeln zur Mitbestimmung anzuwenden hatte. Diese Sichtweise steht nach Auffassung des EuGH nicht im Einklang mit der im europäischen Recht garantierten Niederlassungsfreiheit. Danach soll das Gesellschaftsrecht des Landes Anwendung finden, in dem das Unternehmen gegründet wird.[33] Seinen Sitz kann es dann in jedem anderen Land der EU wählen, ohne dass sich für das Gesellschaftsrecht eine Änderung ergibt. So können nicht nur Unternehmen anderer EU-Länder ihren Sitz in Deutschland nehmen, ohne der Mitbestimmung zu unterfallen, sondern deutsche Unternehmen können Auslandsgründungen vornehmen und dann im Inland ohne Mitbestimmung agieren.

Von dieser Möglichkeit ist bislang allerdings nur in bescheidenem Ausmaß Gebrauch gemacht worden. Doch ist nicht auszuschließen, dass sich das ändern könnte (Thüsing 2004). Deshalb stellt sich die Frage, ob der deutsche Gesetzgeber die Möglichkeit schaffen kann, solche auslandsgegründeten Unternehmen mit Sitz in Deutschland wieder für die Mitbestimmung einzufangen. Ob dies möglich ist, hängt davon ab, inwieweit sich ein darauf angelegtes Mitbestimmungserstreckungsgesetz mit der im Vertragswerk der EU verankerten Niederlassungsfreiheit verträgt. Hier ergeben sich eine Reihe schwieriger rechtlicher Probleme, über die im Streitfall der EuGH entscheiden müsste, weshalb eine Prognose über die Vereinbarkeit eines solchen Mitbestimmungserstreckungsgesetzes nicht mit letzter Sicherheit abgegeben werden kann. Es sprechen jedoch gute, auf der bisherigen Rechtsprechung des EuGH basierende Gründe für eine solche Vereinbarkeit (Weiss/Seifert 2009), so dass zu wünschen ist, dass der deutsche Gesetzgeber im Interesse der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer

---

32 Richtlinie 2002/14/EG v. 11.3.2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, ABl. 2002, L 80/29.

33 Grundlegend die Entscheidungen EuGH vom 9.3.1999 – Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 ff (Centros); EuGH vom 5.11.2002 – Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 ff (Überrseering); EuGH vom 30.9.2003 – Rs. C-167/01 (Inspire Art).

in eigentlich der Unternehmensmitbestimmung unterfallenden Unternehmen ein solches Gesetz baldmöglichst in Angriff nimmt.

7.2 Der Europäische Betriebsrat (EBR)

Der Durchbruch für Arbeitnehmermitwirkungsstrukturen in transnational agierenden Unternehmen und Konzernen gelang mit der 2009 novellierten Richtlinie über Europäische Betriebsräte[34] aus dem Jahre 1994. Sie findet Anwendung auf Unternehmen und Konzerne mit mindestens 1000 Arbeitnehmern in der EU und Unternehmen mit je 150 Arbeitnehmern in zwei Mitgliedstaaten. Die Richtlinie gibt lediglich die Gegenstandsbereiche vor, über die zwischen dem auf Arbeitnehmerseite zu bildenden Besonderen Verhandlungsgremium (BVG) und der Leitung des herrschenden Unternehmens eine Vereinbarung zu treffen ist. Nur für den Fall des Scheiterns dieser Verhandlungen werden Mindestvorschriften vorgesehen, für die der Anhang der Richtlinie den Mitgliedstaaten relativ detaillierte Eckdaten vorgibt. Um die Akzeptanz der Richtlinie zu verstärken, hatte zudem Art. 13 der Richtlinie ermöglicht, bis zum Zeitpunkt der Umsetzung in nationales Recht freiwillige Vereinbarungen zu treffen, bei denen nicht einmal die Verfahrensregularien der Richtlinie (z.B. Bildung des überaus umständlich organisierten BVG etc.) zu beachten waren.

Die Richtlinie ist nicht darauf angelegt, durch inhaltliche Vorgaben im Bereich der Arbeitnehmermitwirkung gemeinschaftsweit einheitliche Strukturen zu schaffen. Stattdessen setzt sie auf Vielfalt, auf die Gestaltungsphantasie der am Verfahren beteiligten Akteure und zieht lediglich die Notbremse, wenn diese Akteure versagen. Die Richtlinie etabliert die Arbeitnehmervertretung am Entscheidungszentrum. Das hat den Vorteil, dass vor allem bei Entscheidungen über Schließungen oder Verlegungen von Betrieben oder Betriebsteilen oder bei Verlegung von Produktionsprogrammen die Vertreter der Arbeitnehmer aller am Konzern beteiligten Länder in der EU gleichzeitig informiert und konsultiert werden. Dies führt zumindest tendenziell dazu, den Verdacht der Arbeitnehmer in den verschiedenen Ländern, man werde gegeneinander ausgespielt, abzubauen.[35]

Die Novelle von 2009 hat im Wesentlichen Klarstellungen zum Zeitpunkt und Inhalt der Informations- und Konsultationspflicht und zur Kompetenz des EBR (nur transnationale Sachverhalte) gebracht, hat die Rechtsprechung des EuGH kodifiziert, einen besonderen Schulungsanspruch etabliert und die Zusammenarbeit zwischen EBR und Arbeitnehmervertretungen vor Ort verstärkt. Wesentlich weitergehende Forderungen der Gewerkschaften wurden ignoriert.

Die EBR-Richtlinie wurde 1996 in Deutschland durch das Gesetz über Europäische Betriebsräte (EBRG) umgesetzt. Das Gesetz hat die Vorgaben der Richtlinie im

---

34 Richtlinie 94/45/EG v. 22. 9. 1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. 1994, L 254 / 64; novelliert durch die gleichlautende Richtlinie 2009/38/EG v. 6.5.2009, ABl. 2009, L 122 / 28.

35 Zur faktischen Umsetzung der Richtlinie vgl. Lecher (1996), Platzer/Weiner (1998), Platzer/Rüb (1999).

Wesentlichen unverändert übernommen. Für die Wahl der Vertreter im BVG sind ausschließlich GBR bzw. Betriebsrat zuständig, nicht aber die Gewerkschaften (§ 11). Im Falle des Nichtzustandekommens einer freiwilligen Vereinbarung werden nur Kosten für einen Sachverständigen übernommen (§ 16 Abs. 1), wobei Sachverständige auch Beauftragte der Gewerkschaften sein können (§ 29). Insgesamt ist zu konstatieren, dass der EBR die deutsche Betriebsverfassung durch unmittelbaren Einfluss auf die oberste transnationale Entscheidungsebene erheblich verstärkt.

7.3 Die Arbeitnehmermitwirkung in der SE

Das Statut der SE wird durch eine Verordnung[36] und die Arbeitnehmermitwirkung durch eine Richtlinie geregelt.[37] Eine SE kann nur eingetragen werden, wenn die Anforderungen der Richtlinie erfüllt sind. Dadurch wird garantiert, dass die Bestimmungen über Arbeitnehmermitwirkung nicht ignoriert werden können. Wie schon die EBR-Richtlinie sieht auch die SE-Richtlinie ein BVG vor, enthält einen Katalog der in der zu schließenden Vereinbarung zu beachtenden Punkte und überlässt im Übrigen alles den Verhandlungen. Für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen gibt es eine Auffangregelung. Die Richtlinie gilt für alle SE, was bedeutet, dass es auf die Zahl der Arbeitnehmer nicht ankommt. Sie regelt zwei Gegenstandsbereiche, die scharf voneinander unterschieden werden müssen: zum einen Information und Konsultation und zum anderen Mitbestimmung in Unternehmensorganen. Was den Bereich der Information und Konsultation angeht, sind die Regelungen sehr an das angelehnt, was sich in der Richtlinie über EBR schon findet, deren Anwendung für die SE explizit ausgeschlossen ist.

Die SE Richtlinie regelt auch die Mitbestimmung in Unternehmensorganen. Im Normalfall sind die Verhandlungspartner frei, insoweit ein System nach ihrem Gutdünken zu entwickeln. Wenn das Verhandlungsergebnis allerdings Reduktion des bestehenden Mitbestimmungsniveaus bedeutet, bedarf es im BVG qualifizierter Mehrheiten, die für die einzelnen Gründungskonstellationen unterschiedlich ausgelegt sind. Nur im Falle der Umwandlung besteht kein Verhandlungsspielraum für eine Absenkung: Dort muss in der Vereinbarung „in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zumindest das gleiche Ausmaß gewährleistet werden, das in der Gesellschaft besteht, die in eine SE umgewandelt werden soll“ (Art. 4 Abs. 4).

Die Auffangregelung für den Fall der Nichteinigung ist auf Fortführung des Status quo ante angelegt. Zum Bestandsschutz bestehender Mitbestimmung kommt es allerdings nur dann, wenn vor der Gründung der SE die Mitbestimmung einen bestimmten Prozentsatz der Arbeitnehmer der SE erfasst hat. Nur in dem Falle, dass in keiner der fusionierenden Gesellschaften eine Mitbestimmungsregelung bestanden hat, bleibt es bei der Null-Lösung.

Die SE-Richtlinie wurde in Deutschland durch das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SEBG) von 2004 umgesetzt.

---

36 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 v. 8. 10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. 2001, L 294 / 1.

37 Richtlinie 2001/86/EG v. 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. 2001, L 294 / 22.

Es sieht wie die Richtlinie vier Gründungsmöglichkeiten vor: die Verschmelzung von AG aus mindestens zwei Mitgliedstaaten, die Bildung einer gemeinsamen Holding für GmbH/AG aus mindestens zwei Mitgliedstaaten, die Gründung einer gemeinsamen Tochtergesellschaft für Gesellschaften aus mindestens zwei Mitgliedstaaten und die Umwandlung einer Aktiengesellschaft, die seit mindestens zwei Jahren eine Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat besitzt. Auch kann entsprechend der Richtlinie die SE nicht nur eine dualistische (Vorstand und Aufsichtsrat), sondern auch eine monistische Struktur (nur ein Verwaltungsorgan) haben. Die Richtlinie ist im Wesentlichen eins zu eins umgesetzt, wobei sich marginale deutsche Besonderheiten ergeben. So ist beispielsweise jeder dritte Arbeitnehmervertreter aus Deutschland ein Gewerkschaftsvertreter.

Die Entwicklung der SE ist noch im Anfangsstadium. Von den bislang gebildeten SE sind nur rund ein Viertel operativ tätig. Wo deutsche Unternehmen mit paritätischer Beteiligung der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat beteiligt waren, ist es auch in der SE dabei geblieben. Ein beobachtbarer Effekt der Wahl der SE ist allerdings die Verkleinerung der Aufsichtsräte. Noch in keinem Fall musste auf die Auffangregelung zurückgegriffen werden. Immer wurde ein Verhandlungsergebnis erzielt (vgl. zu dieser Entwicklung Weiss 2012: 337-339).

Problematisch ist die hohe Anzahl der sog. Vorratsgesellschaften, die im Gründungsstadium keine Arbeitnehmer haben und deren Unternehmenszweck auf „Halten und Verwalten eigenen Vermögens" gerichtet ist. Zur Verfügung gestellt werden damit Mäntel, die zum Zwecke wirtschaftlicher Aktivierung von Unternehmen erworben werden können, die sich so die bürokratischen Voraussetzungen der Gründung der SE ersparen. Da die Verordnung über das Statut der SE anordnet, dass eine SE im Handelsregister nur eingetragen werden kann, wenn gemäß der Richtlinie über die Mitbestimmung verhandelt wurde, stellt sich die Frage, ob eine Vorratsgesellschaft ohne Arbeitnehmer überhaupt eingetragen werden darf, da ja Verordnung und Richtlinie als einheitliches Konzept gesehen werden müssen. Der Widerstand gegen die Möglichkeit der Eintragung hat sich leider nicht durchsetzen können. Immerhin hat das OLG Düsseldorf in einem viel beachteten Urteil[38] 2009 entschieden, dass „das Beteiligungsverfahren nachzuholen (ist), sobald die Vorratsgesellschaft … mit einem Unternehmen ausgestattet wird und infolgedessen über Arbeitnehmer verfügt". Es ist zu hoffen, dass sich wenigstens diese Auffassung durchsetzt, um der Umgehung des Richtlinienzwecks vorzubeugen. Zu wünschen ist, dass dies in der Verordnung über das Statut der SE durch Novellierung klargestellt oder dass die Eintragung von arbeitnehmerlosen Vorratsgesellschaften als SE gänzlich untersagt wird.

Ein zweites Problemfeld liegt darin, dass deutsche Unternehmen sich an einer SE beteiligen, so lange ihre Arbeitnehmerzahl nach deutschem Recht entweder noch gar keine oder nur eine Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat erfordert. Das auf dieser Grundlage für die SE verhandelte oder über die Auffangregelung oktroyierte Mitbestimmungsmodell bleibt auch dann unverändert, wenn die Arbeitnehmerzahl so steigt, dass nach deutschem Recht eine gesteigerte Mitbestimmungsintensität erforderlich wäre. Auch hier wäre es wichtig, durch Novellierung der Richtlinie solchem Einfrieren

38 OLG Düsseldorf vom 30.3.2009 (Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009: 918).

der Nicht- oder Minimalmitbestimmung zu begegnen und zumindest bei gravierenden Veränderungen eine Verhandlungspflicht zu statuieren. Derzeit ist allerdings nicht davon auszugehen, dass es zu solchen Novellierungen kommt.

Die SE birgt schließlich eine weitere Gefahr für die deutsche Mitbestimmung, die bereits erheblichen innenpolitischen Druck entfaltet. Weil angesichts der bereits angedeuteten Vielfalt in Europa durch europäisches Recht kein Einheitsmodell für alle oktroyiert werden kann, war es notwendig, für die Mitbestimmung in Unternehmensorganen der SE die Möglichkeit zu eröffnen, eine Variante zu entwickeln, die im jeweiligen Land und im jeweiligen Unternehmen Akzeptanz findet. Dies wurde durch die skizzierte Verhandlungslösung erreicht, die sich bereits zuvor für den EBR bewährt hatte. Diese Verhandlungslösung, die im europäischen Kontext unausweichlich ist, wird nun von interessierter Seite dazu benutzt, das gesetzlich vorgegebene Modell in Deutschland als antiquiert und zu unflexibel zu betrachten und ebenfalls für eine Verhandlungslösung zu öffnen[39]. Da es jedoch innerstaatlich nicht darum geht, einen Kompromiss zwischen verschiedenen Konzepten zu finden, besteht für solche Öffnung kein Bedürfnis. Ob sich die Verhandlungslösung mit ihrem für viele attraktiven Flexibilisierungspotential auf Dauer verhindern lässt, ist allerdings ungewiss. Die Suggestivkraft dieser Öffnung der Mitbestimmungsstruktur für Verhandlungen ist nicht nur für die Arbeitgeberseite sondern auch in weiten Bereichen der Wissenschaft beträchtlich. Ob sich die Politik auf längere Sicht diesem Reformverlangen entziehen kann, ist keineswegs ausgemacht.

8. Fazit

Die tour d'horizon durch die Entwicklung des kollektiven Arbeitsrechts hat die bereits eingangs getroffene Einschätzung bestätigt, dass sich das institutionelle Gefüge als relativ stabil erwiesen und nur inkrementale Veränderungen erfahren hat. So hat es – wie etwa im Betriebsverfassungsrecht oder im Arbeitskampfrecht – überfällige Anpassungen an neue Entwicklungen gegeben. Ein neues Verfassungsverständnis hat das kollektive Koalitionsrecht und damit den Aktionsradius der Gewerkschaften ausgeweitet. Eine neue Sicht auf internationale Normen ist dabei, tradierte Muster – wie etwa beim Beamtenstreik – aufzubrechen. Europäische Entwicklungen haben – durchaus ambivalente – Rückwirkungen auf die deutschen Institutionen der Mitwirkung der Arbeitnehmer.

Nimmt man all die skizzierten Reformansätze in Blick, ist kein konsistentes Reformkonzept zu erkennen. Schlagworte wie Deregulierung oder Reregulierung helfen nicht weiter. Erkennbar ist eher ein an Einzelfragen punktuell ansetzendes Korrekturbemühen, das sich nicht so einfach auf einen Nenner bringen lässt. Und höchst unterschiedlich sind auch die Akteure des Reformgeschehens. Im Koalitionsrecht hat die Neuinterpretation verfassungsrechtlicher Grundpositionen durch das Bundesverfassungsgericht einen Wandel geschaffen. Die Entwertung des Flächentarifvertrags durch Vorrang für Betriebsvereinbarungen wurde durch pragmatisches Handeln der Tarif-

[39] Vgl. den „Entwurf einer Regelung zur Mitbestimmungsvereinbarung sowie zur Größe des mitbestimmten Aufsichtsrats" des Arbeitskreises „Unternehmerische Mitbestimmung", (Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009: 885-889).

vertragsparteien abgewendet, was gleichzeitig zu einer Inflation tariflicher Öffnungsklauseln und damit zu einer radikalen Veränderung der Tarifvertragspolitik geführt hat.

Hauptakteur juristischer Reform ist das Bundesarbeitsgericht. Das Insistieren auf den Voraussetzungen der Tariffähigkeit geht ebenso auf sein Konto wie die Ermöglichung erstreikbarer Sozialplantarifverträge, die Aufwertung des Sympathiestreiks und die Erleichterung atypischer Streikformen. Man kann darin den Versuch der Stärkung der Gewerkschaftsmacht sehen. Nimmt man jedoch die Entscheidungen des BAG zum Kurswechsel von der Tarifeinheit zur Tarifpluralität und zur Anerkennung der OT-Mitgliedschaft hinzu, passt das nicht in diese simple Optik. Gerecht wird man dem BAG wohl eher, wenn man ihm juristische Interpretationsarbeit fernab von Machtkalkülen oder gar einem politischen Gesamtkonzept der kollektiven Arbeitsbeziehungen konzediert.

Auslöser für die Neujustierung des Beamtenstreiks war der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte. Hier sind die deutschen Verwaltungsgerichte und das Bundesverfassungsgericht gefordert. Alles ist in Bewegung.

Der deutsche Gesetzgeber ist nur beim Betriebsverfassungsrecht, beim Einbau zahlreicher weiterer Branchen in das Entsendegesetz und der Schaffung einer Lohnuntergrenze bei der Leiharbeit aktiv geworden. Hier ging es jeweils um drängende Anpassungs- und Schutzbedürfnisse, denen selbst ein im Feld der kollektiven Arbeitsbeziehungen lethargischer Gesetzgeber nicht mehr ausweichen konnte. Ob solche Dringlichkeit demnächst auch in Gesetze zur Erleichterung der AVE und zu flächendeckendem Mindestlohn führt, bleibt abzuwarten. Für die der Erosion im Tarifvertragsrecht entgegenwirkenden Maßnahmen könnte die arbeitsrechtliche Abteilung des 70. Deutschen Juristentages im September 2014 in Hannover dem Gesetzgeber wichtige Vorarbeit leisten.

Dass die heftigen Auseinandersetzungen um die Unternehmensmitbestimmung nicht zu einer Reaktion des Gesetzgebers geführt haben, zeigt beispielhaft die verständliche Scheu des Gesetzgebers, bei Großkontroversen zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite die existente Machtbalance zu verändern. Das gibt Anlass zu der Hoffnung, dass der Gesetzgeber auch beim umstrittenen Streikrecht im Bereich der Daseinsvorsorge nicht intervenieren wird. Anders sieht es bei der im Prinzip von beiden Seiten – den Arbeitgeberverbänden und den Großgewerkschaften – konsentierten Forderung nach Rückkehr zur Tarifeinheit aus.

Auf ein rechtlich ungelöstes Grundproblem der kollektiven Arbeitsbeziehungen verweist noch immer die Tatsache, dass in vielen Klein- und Mittelbetrieben trotz der Novellierung des BetrVG von 2001 keine Betriebsräte gebildet werden. Ob und wie diese Lücke durch gesetzliche Intervention geschlossen werden kann, ist allerdings fraglich. Hier bedarf es großer Regelungsphantasie. Mit einer schnellen Lösung ist jedenfalls nicht zu rechnen. Ob es zu der von den Gewerkschaften geforderten Ausweitung der Mitbestimmungsrechte bei atypischer Beschäftigung und bei Fremdvergabe von Leistungen kommen wird, lässt sich schwer vorhersagen. Hier hängt viel von der politischen Großwetterlage ab.

Auch für die Zukunft ist davon auszugehen, dass das Grundgefüge des die industriellen Beziehungen prägenden kollektiven Arbeitsrechts im Wesentlichen erhalten bleiben wird. Schwierig einzuschätzen sind allerdings die Rückwirkungen der Rechtsprechung des EuGH und der Richtlinie zur Arbeitnehmermitwirkung in der SE auf die deutsche Unternehmensmitbestimmung.

Literatur

BDI/BDA (Hrsg.) (2004): Mitbestimmung Modernisieren – Bericht der Kommission Mitbestimmung. Berlin.

Berg, P. (2013): Streikverbot durch Verfahren – „Tariffrieden" statt Tarifautonomie in der Daseinsvorsorge. In: J. Schubert (Hrsg.): Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht. Baden-Baden, 278-291.

Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg.) (1998): Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen – Bilanz und Perspektiven. Gütersloh.

Däubler, W. (2001): Die novellierte Betriebsverfassung. In: Industrielle Beziehungen, 8(4): 364-378.

Däubler, W. (2012): Reform der Allgemeinverbindlicherklärung – Tarifrecht in Bewegung? In: WSI Mitteilungen, 65: 508-516.

Deinert, O. (2006): Zur Zulässigkeit von OT-Mitgliedschaften in Arbeitgeberverbänden. In: Arbeit und Recht, 54: 217-224.

Deinert, O. (2007): Schranken der Satzungsgestaltung beim Abstreifen der Verbandstarifbindung durch OT-Mitgliedschaften. In: Recht der Arbeit, 55: 83-91.

Deutscher Juristentag, Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages Karlsruhe 1996, Band II/2 Sitzungsberichte, K. Abteilung Arbeitsrecht. München 1996

Ellgart, P./Kohout, S. (2010): Auf der Flucht? Tarifaustritte und die Rolle von Öffnungsklauseln. In: Industrielle Beziehungen, 19(3): 345-371, DOI: 10.1688/1862-0035_IndB_2010_04_Ellguth.

Franzen, M. / Thüsing, G. / Waldhoff, C. (2012): Gesetzentwurf Arbeitskämpfe in Unternehmen der Daseinsvorsorge. http://www.cfvw.org/Stiftung/projektbereich-zukunft-der-arbeit/arbeitskampf.

G. Thüsing (2004): Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäische Niederlassungsfreiheit, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 25: 381-388.

Hanau, P.(2011): Neues Tarifvertragsrecht im Werden. In: Soziales Recht, 1: 1-20.

Hensche, D. (2004): Tarifvertrag und Unternehmenspolitik – Von der Unantastbarkeit der Unternehmerfreiheit. In: Arbeit und Recht, 52: 443-450.

Henssler, M. (2007): Der „Arbeitgeber in der Zange" – Rechtsfragen der Firmentarifsozialpläne. In: G. Annus et al. (Hrsg.): Festschrift für Reinhard Richardi zum 70. Geburtstag. München: 553-572.

Höpner, M. (2004): Unternehmensbestimmung unter Beschuss. In: Industrielle Beziehungen, 11(4): 347-379.

Höpner, M./Wadowzcyk, M. (2012): Opportunismus oder Ungewissheit ? Die Arbeitgeberhaltungen zum mitbestimmten Aufsichtsrat. In: Industrielle Beziehungen, 19(3): 314-336, DOI: 10.1688/1862-0035_IndB_2012_03_Hoepner.

Lecher, W. (1996): Europäische Betriebsräte – Erfahrungen und Perspektiven. In: Industrielle Beziehungen, 3(3): 262-277.

Müller, G. (1992): Zum Verhältnis zwischen Betriebsautonomie und Tarifautonomie. In: Arbeit und Recht, 40: 257-262.

Nebe, K. (2013): Spaltung des Arbeitsmarktes durch Krisengesetzgebung – Eine kritische Analyse des deutschen Arbeits- und Sozialrechts vor und nach der Krise. In: Soziales Recht, 3: 1-16.

Nicolai, A. (2006): Zur Zulässigkeit tariflicher Sozialpläne – zugleich ein Beitrag zu den Grenzen der Tarifmacht. In: Recht der Arbeit, 59: 33-39.

Platzer, H.-W./Rüb, S. (1999): Europäische Betriebsräte – Genese, Formen und Dynamiken ihrer Entwicklung – Eine Typologie. In: Industrielle Beziehungen, 6(3): 393-426.

Platzer, H.-W./Weiner, K.-P. (1998): Europäische Betriebsräte – eine Konstitutionsanalyse. Zur Genese und Dynamik transnationaler Arbeitsbeziehungen. In: Industrielle Beziehungen, 5(3): 388-412

Raiser, T. (2006): Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen. Gutachten B zum 66. Deutschen Juristentag Stuttgart 2006. München.

Rehder, B./Deinert, O./Callsen, R. (2012): Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskampfformen. In: HSI-Schriftenreihe Band 1. Saarbrücken.

Reuter, D. (1995): Möglichkeiten und Grenzen einer Auflockerung des Tarifkartells. In: Zeitschrift für Arbeitsrecht, 26: 1-94.

Schroeder, W./Greef, S. (2008): Industrie- und Spartengewerkschaften im Konflikt. Organisierte Voraussetzungen und realisierte Gelegenheitsstrukturen. In: Industrielle Beziehungen, 15(4): 329-355.

Seifert, A. (2000): Umfang und Grenzen der Zulässigkeit von tarifabweichenden Betriebsvereinbarungen. Baden-Baden.

Thüsing, G./Stelljes, V. (2005): Verbandsmitgliedschaft und Tarifgebundenheit – Mitgliedschaft OT und nicht tariffähige Parallelverbände als Ausfluss grundrechtlich geschützter Gestaltungsfreiheit. In: Zeitschrift für Arbeitsrecht, 36: 527-579.

Veit, B. (1997): Die Zulässigkeit von betrieblichen Absprachen, dargestellt am Beispiel einer Standortvereinbarung. In: Industrielle Beziehungen, 4(3): 216-240

Waas, B. (2011): Der Regelungsentwurf von DGB und BDA zur Tarifeinheit. In: Arbeit und Recht, 59: 93-99.

Weiss, M. (2006): Arbeitnehmermitwirkung – Kernelement des Europäischen Sozialmodells. In: Industrielle Beziehungen, 13(1): 5-20.

Weiss, M. (2012): Deutsche Aufsichtsratsmitbestimmung im Europäischen Kontext. In: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 95: 327-341.

Weiss, M. / Seifert, A. (2009): Der europarechtliche Rahmen für ein „Mitbestimmungserstreckungsgesetz". In: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 29: 542-580.

Weiss, M.(2010): Arbeitsrecht als Gegenstand der Beratungen des Deutschen Juristentags. In: F. Busse (Hrsg.): 150 Jahre Deutscher Juristentag. München, 371-410.

Wendeling-Schröder, U. (2013): Kritik der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag unter besonderer Berücksichtigung der Tarifverträge tarifunfähiger Gewerkschaften in der Leiharbeit. In: HSI Schriftenreihe Band 7. Frankfurt.